

## La protection juridique de la minorité gay et lesbienne dans l'Union Européenne et en France

*Daniel Borrillo*

**Resumo:** Neste artigo é abordada questão da proteção jurídica das minorias gays e lésbicas na União Européia e na França, a partir de uma perspectiva mais ampla de proteção concedida às minorias na Europa, demonstrando a adequação dos instrumentos jurídicos tradicionais dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para efetivar tal proteção.

**Abstract:** In this paper the author faces the question on the legal protection of gays and lesbians in the European Union and in France, from the broader perspective of protection conceded to the minorities in Europe, showing the suitability of existing traditional legal instruments of human rights and fundamental liberties to make such protection effective.

### Introduction

Dans la perspective générale des garanties politiques données aux minorités en Europe, la question de l'orientation sexuelle, en tant que forme spécifique de protection des homosexuel/les, constitue un élément nouveau dans l'action publique antidiscriminatoire. Depuis la première requête auprès de la Commission des droits de l'homme en 1955, jusqu'à l'élaboration de l'article 13 du Traité de Rome (modifié en 1997 par le Traité d'Amsterdam) et de la directive communautaire relative à l'égalité d'orientations sexuelles en matière d'emploi (2000), plusieurs protagonistes politiques - acteurs publics, organisations non-gouvernementales, plaignants, consommateurs, intellectuels, etc. - ont fait de la "question homosexuelle" un véritable enjeu public dans la construction de l'Europe des citoyens.

C'est après le traitement des problèmes plus classiques tels que le racisme, l'antisémitisme ou la xénophobie que les discriminations fondées sur le sexe, et plus tard celles fondées sur l'orientation sexuelle, deviennent un problème susceptible d'être traité par les instruments juridiques traditionnels de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A une première étape d'action judiciaire - organisée principalement à partir des requêtes individuelles auprès des organes d'application de la Convention européenne des droits de l'homme - succède une phase déclarative, caractérisée par l'énonciation de principes provenant d'autorités politiques telles que le Conseil de l'Europe et le Parlement européen. Ce n'est que récemment qu'un véritable programme d'action politique, s'inscrivant pleinement dans l'agenda de la Commission européenne, a succédé aux déclarations de principes.

De l'émergence du problème jusqu'à la prise en compte par les politiques institutionnelles, en passant par sa rationalisation juridique (effectuée tout au long d'un processus d'interaction individuelle, associative et judiciaire), la construction socio-politique de la notion d'orientation sexuelle apparaît comme un révélateur des transformations profondes de matrices paradigmatiques relatives à la liberté individuelle. Considérée comme une infraction par l'ensemble des codes pénaux européens jusqu'aux années 1980 (allant de la contravention au crime), l'homosexualité est aujourd'hui non seulement tolérée mais, en tant que manifestation du pluralisme sexuel, elle est progressivement protégée contre toute intervention discriminatoire de la part des États et/ou des individus. Ce profond bouleversement ainsi que les conséquences politiques qu'il a entraîné dessinent les perspectives des actions publiques européenne contre les discriminations envers les lesbiennes, les bisexuel/les et les gays.

En vingt-cinq ans nous avons passé en Europe de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie.

Le système de protection européen est complémentaire des différents systèmes nationaux. En ce sens la France n'a pas attendu les recommandations et les directives européennes pour mettre en place un régime de protection formel.

Nous analyserons dans cet article l'ensemble des dispositions européennes et françaises afin de donner au lecteur un aperçu général de la situation de la minorité homosexuelle et des instruments juridiques qui la protègent contre les agressions et les discriminations.

Les premières mesures antidiscriminatoires envisagées par les États concernaient principalement la liberté religieuse et la protection des groupes nationaux minoritaires suite la reconstitution de la carte européenne après la première guerre mondiale. Les actions spécifiques en faveur des minorités religieuses, ethniques et linguistiques, furent succédées par la question des femmes qui devient l'objet principal des politiques antidiscriminatoires au niveau international après la grande guerre. La signature de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes des discriminations à l'égard des femmes* (1979) constitue le point culminant dans le long processus politique d'égalité des sexes.

### ***Les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle\****

C'est dans la continuité du mouvement pour l'égalité des femmes que le débat et l'action politique de protection des homosexuel/les s'inscrit. Toutefois, à la différence des politiques antidiscriminatoires plus classiques, au moment de l'élaboration d'une stratégie internationale de sauvegarde des libertés fondamentales, aucune disposition ne fut consacrée à la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Après la deuxième guerre mondiale et malgré le fait que les homosexuels comptaient parmi les victimes de la violence nazie, aucune disposition protectrice ne fut adoptée.

On cherchera ainsi en vain dans les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme une disposition ou une référence spécifique à l'homosexualité. Ni les textes à valeur universelle tels la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU 1948) et les deux *Pactes internationaux* (ONU, 1966), ni ceux à portée régionale comme la *Convention américaine des droits de l'homme* (OEA 1969) ou encore la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (OUA, 1981) n'abordent la question. En outre, alors qu'au fil des ans, la liste des droits protégés par la *Convention Européenne* a été progressivement complétée par le biais de protocoles additionnels, aucune norme ou disposition nouvelle ne se réfère à l'homosexualité en tant que telle.

En raison de la pratique jurisprudentielle, les dispositions juridiques générales ont été pendant longtemps insuffisantes, voire complètement stériles. Ce n'est qu'au cours des vingt dernières années qu'une tentative de protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle s'ébauche. Par la voie indirecte du recours aux notions classiques de "vie privée", de "non-discrimination" ou de "liberté d'expression", par les appels à l'application du principe d'égalité ou encore par l'introduction spécifique de la notion d'orientation sexuelle dans un nouveau traité de l'Union Européenne, aussi bien la grande Europe (celle de quarante six

---

\* L'orientation sexuelle est définie comme le désir affectif et sexuel, l'attraction érotique qui peut porter sur les personnes du même sexe (orientation sexuelle homosexuelle); sur les personnes de l'autre sexe (orientation sexuelle hétérosexuelle) ou indistinctement sur l'un ou l'autre sexe (orientation sexuelle bisexuelle). Je n'aborde pas ici la question transsexuelle ou celle du travestisme. Ces phénomènes relèvent d'une autre problématique liée au sexe apparent ou aux codes vestimentaires et non pas de l'orientation sexuelle à proprement parler. De même l'orientation sexuelle ne recouvre pas des situations telles que la pédophilie, l'inceste ou la prostitution, ces phénomènes se réfèrent à la question plus générale de la liberté et de la violence sexuelle. L'orientation sexuelle peut être aussi bien le comportement sexuel et ou affectif que l'identité sexuelle servant à définir subjectivement la personnalité. L'orientation sexuelle peut être considérée comme une conduite choisie (apparentée à la liberté religieuse) ou un statut prédéterminé (apparenté à la race). Ainsi qu'elle soit une pratique, une attitude, une attraction un statut ou une identité réelle ou supposée, l'orientation sexuelle doit être protégée avec la même vigueur dans tous les cas de figure.

membres du Conseil de l'Europe) que l'Union Européenne, s'engageant aujourd'hui dans la construction d'un domaine juridique de protection de l'orientation sexuelle.

En très peu de temps un changement radical s'est opéré : d'une infraction pénale, l'homosexualité est devenue non seulement un comportement licite mais désormais toute attitude d'hostilité à l'égard des gays ou des lesbiennes est sanctionnée par le droit européen. Si jusqu'au début des années 1980 la Cour Européenne de droits de l'homme (CEDH) continuait à justifier la pénalisation totale des rapports homosexuels entre adultes consentants, actuellement cette même Cour condamne une telle criminalisation (en tant qu'ingérence non justifiée de l'État dans la sphère de la vie privée) et qui plus est, l'homophobie est en passe de devenir un comportement susceptible d'une sanction pénale. Nous sommes donc face à un processus progressif : d'abord justification de la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants en privé ; ensuite, dépénalisation de cette situation en accentuant néanmoins l'idée que tolérer ne signifie nullement approuver ou reconnaître l'homosexualité ; puis condamnation des traitements différenciés et enfin esquisse de reconnaissance de la "vie familiale" des couples homosexuels.

Afin d'analyser cette évolution (allant de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie, en passant par la dépénalisation partielle des actes homosexuels et par la reconnaissance embryonnaire d'une vie familiale pour les couples de même sexe), nous avons regroupé l'ensemble des mesures en quatre parties : a) Sources obligatoires du droit européen (Grande Europe : *Convention Européenne de droits de l'homme*, jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne de droits de l'homme, CEDH). b) Sources contraignantes du droit communautaire (Europe des quinze membres : Traités constitutifs de l'Union, jurisprudence de la Cour de Justice des communautés européennes, CJCE). c) Déclarations de principe du Conseil de l'Europe (Recommandations, avis...). Enfin, d) Résolutions du Parlement Européen. Enfin nous évoquerons la question de la protection des discriminations au niveau nationale.

#### a) Sources obligatoires du droit européen

La première étape d'une évolution lente et inachevée vers l'égalité de droits, consista en la dépénalisation des conduites homosexuelles. Bien que la Révolution française ait écarté le crime de sodomie du code pénal de 1791, plusieurs pays européens continuèrent à punir les actes homosexuels entre adultes consentants. Ainsi, entre 1955 et 1977, la jurisprudence européenne a considéré que, si la vie sexuelle relevait du domaine de la "vie privée" au sens de l'article 8 de la Convention Européenne de droits de l'homme, la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants ne constituait pas une violation de la vie privée car elle était justifiée pour des motifs tenant à la "protection de la santé et la morale" ou à la "protection des droits des tiers et à la protection sociale". En effet, la Commission déclarait que "la convention permet à un État contractant de punir l'homosexualité, le droit au respect de la vie privée pouvant faire l'objet, dans une société démocratique, d'une ingérence prévue par la loi pour la protection de la santé et de la morale".

Pour la première fois, vingt-six ans après le rejet de la première requête soumise à la Commission, le 22 octobre 1981 la Cour considéra que la loi pénale de l'Irlande du Nord condamnant les relations entre personnes de même sexe, constituait une violation de l'article 8 relatif au respect de la vie privé<sup>1</sup>. Suite à la décision de la Cour, l'Irlande du Nord dépénalisa les actes homosexuels entre adultes consentants majeurs de 21 ans. Toutefois, comme le rappelle la Cour, "dépénaliser ne veut pas dire approuver mais éliminer les aspects injustifiables de la législation pénale". Le 26 octobre 1988 dans l'arrêt, *Norris c/ Irlande* ainsi que dans l'affaire *Modinos c/ Chypre* du 22 avril 1993, la Cour confirmera la violation de l'article 8 et condamna respectivement l'Irlande et Chypre en les obligeant à abroger leur législation répressive.

---

<sup>1</sup> Arrêt *Dudgeon c/ Royaume Uni et Irlande du Nord*, Série A n°45.

Bien que la pénalisation des actes homosexuels entre adultes soit considérée comme une ingérence injustifiée, constituant par conséquent une violation au respect de la vie privée, les juges européens ont considéré pendant longtemps que le maintien de la différence d'âge du consentement entre homosexuels et hétérosexuels était justifiée ainsi que la différence d'âge entre les rapports homosexuels masculins et féminins. Cependant, dans une décision non-contraignante<sup>2</sup>, la Commission a estimé pour la première fois que la différence d'âge entre rapports hétérosexuels et homosexuels n'est plus justifiée dans une société démocratique. Cette interprétation a été confirmée par la cour en 2003 dans deux décisions (L V c. Autriche et SL c. Autriche).

Dans la situation actuelle du droit positif européen, (grande Europe) la dépénalisation des comportements homosexuels entre deux adultes consentants semble acquise. En ce sens, tout pays signataire de la Convention européenne de droits de l'homme doit procéder à la dépénalisation de l'homosexualité pour pouvoir intégrer le Conseil de l'Europe<sup>3</sup>. Cela étant, comme le signale la Cour, dépénaliser n'implique nullement reconnaître l'homosexualité ou, autrement dit, la banaliser au point qu'elle cesse de constituer une entrave à la jouissance des prérogatives consacrées par la Convention. Cette protection minimale, qui relève plus de la tolérance que de la reconnaissance d'égalité, a été le résultat d'une politique judiciaire de type consensualiste consistant à appliquer la Convention en fonction des situations existantes dans les pays signataires. Les nouveaux arrivants au Conseil, provenant principalement des pays dans lesquels l'homosexualité venait d'être dépénalisée, pourraient favoriser une interprétation conservatrice des notions telles que "vie privée", "vie familiale", "droit au mariage" ou de "discrimination fondée sur le sexe". Afin d'éviter une telle situation d'immobilisme quelques solutions furent envisagées, par exemple il a été proposé d'introduire dans la Convention un protocole spécifique de protection de l'orientation sexuelle ou permettre à l'Union Européenne d'adhérer à la Convention, rendant par conséquent la CJCE juridictionnellement compétente. Toutes ces propositions politiques ont échoué. Or, malgré ce consensualisme et de façon quelque peu surprenante, une évolution jurisprudentielle favorable à l'égalité des sexualités semble se profiler : alors que depuis 1997 la Commission estime que le maintien d'un âge différent pour le consentement aux relations homosexuelles n'est plus justifié par aucun motif "objectif et raisonnable"<sup>4</sup> (doctrine confirmée par les arrêts contre l'Autriche en 2003), d'autres décisions dans des domaines très sensibles, tels que l'armée et la famille, laissent entrevoir une volonté de protection plus accrue à l'égard des homosexuel/les. En effet, si pendant longtemps la pénalisation des actes homosexuels commis par des militaires a été justifié par la jurisprudence<sup>5</sup>, dans une décision de 1999 la Cour<sup>6</sup> stipule que "ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants (militaires) ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense (britannique) ne se justifiaient pas au regard de l'article 8 de la Convention. Partant il y a eu violation de l'article 8".

De même, l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* du 21 décembre 1999, marque un nouveau tournant dans l'évolution de la jurisprudence européenne. Pour la première fois dans une requête concernant directement la "vie familiale", la Cour considère qu'il y a

---

<sup>2</sup> *Sutherland c/ Royaume-Uni*, 1 juillet 1997.

<sup>3</sup> Avis n° 176 1993 de l'Assemblée Parlementaire relatif à la demande d'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe.

<sup>4</sup> L'affaire *Sutherland* marque un tournant dans la jurisprudence européenne, en ce sens que pour la première fois la question homosexuelle est présentée sous l'angle de l'égalité et non plus sur celui de la privacité.

<sup>5</sup> Dans sa décision du 12 octobre 1983 la Commission estime que, si la répression pénale d'actes homosexuels commis en privé entre hommes consentants constitue une "ingérence" dans l'exercice du droit à la vie privée, s'agissant de militaires, même âgés de plus de 21 ans, cette ingérence peut être considéré comme "nécessaire à la protection de la morale et de la défense de l'ordre".

<sup>6</sup> *Smith et Grady c Royaume-Uni*. Dans l'affaire *Lustig-Frean et Beckett c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999, la Cour arrive aux mêmes conclusions.

discrimination basée sur l'orientation sexuelle<sup>7</sup> dans l'attribution de l'autorité parentale à la mère au détriment du père au motif que celui-ci était homosexuel et vivait avec un autre homme. De plus, les appréciations homophobes de la cour d'appel de Lisbonne sont sévèrement condamnées par la CEDH pour laquelle, "ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroites ou malheureuses, comme le soutient le Gouvernement portugais, ou de simples *obiter dicta*, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale".

En décidant qu'il y a en même temps violation de la vie familiale et discrimination, la Cour institue une double protection : contrairement à sa doctrine précédente, un homosexuel pourrait être désormais protégé dans sa "vie familiale" et aucun argument autour de l'orientation sexuelle articulé *in abstracto* ne sera entendu par la Cour (y compris dans les affaires familiales). Si le lien de filiation entre une personne et son père homosexuel est ainsi protégé par la Convention, pour ce qui concerne la création d'un lien de filiation ex-nihilo par adoption, la Cour demeure réticente. En effet, dans l'affaire *Fretté c. France* (2002), les juges strasbourgeois donnent raison au Conseil d'Etat français lorsque celui-ci confirme le refus d'agrément à l'adoption plénière par un individu homosexuel, malgré les qualités matérielles et morales du requérant<sup>8</sup>.

Le 24 juillet 2003, la Cour opère un changement révolutionnaire dans sa jurisprudence en condamnant l'Autriche à cause de l'interprétation de la notion de « vie commune » faite par la Cour suprême afin de refuser le transfert du bail dans le cas de décès du compagnon de même sexe. Les juges de Strasbourg considèrent que le refus du transfert du bail constitue une violation au respect du domicile (art. 8) et un traitement discriminatoire (art. 14). Cette condamnation constitue une avancée capitale car il ne s'agit plus de protéger l'individu homosexuel dans sa sphère intime mais d'élargir cette protection à sa vie de couple.

Bien que la Cour n'a jamais considéré que le refus du mariage pour les couples de même sexe était contraire à la Convention, elle reconnaît néanmoins ce droit pour les transsexuels. En effet, dans l'arrêt *Goodwin contre Royaume Uni* du 11 juillet 2002, la Cour a statué que la prohibition du mariage pour une transsexuelle constitue une violation de l'article 12 (droit au mariage) et de l'article 8 (respect de la vie privée) et condamne de ce fait le Royaume Uni.

#### b) Sources contraignantes du droit communautaire

Pendant longtemps le droit communautaire s'est désintéressé du sort des gays et des lesbiennes, ce type d'affaires sont traitées traditionnellement par la Cour de Strasbourg. Le 30 avril 1996 la situation change sensiblement lorsqu'une femme transsexuelle réussit à convaincre la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)<sup>9</sup> que son licenciement constituait une discrimination fondée sur son sexe<sup>10</sup>. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels on aurait pu imaginer qu'une telle protection puisse être élargie aux gays, lesbiennes et bisexuel/les. Ce fut l'argument développé par l'avocat de Lisa Grant, une femme lesbienne qui décida de saisir la CJCE en invoquant l'article 119 du traité de Rome sur l'égalité de traitement des sexes<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> La Cour affirme : "notion qui est couverte à ne pas en douter par l'article 14 de la Convention".

<sup>8</sup> Pour une analyse critique de cette décision voir : Borrillo, D. et Pitois-Etienne, Thierry, "Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs des individus", *Revue de Droit de McGill* vol. 49, n° 4, octobre 2004.

<sup>9</sup> Affaire *P. c/S. Cornwall Country Council*.

<sup>10</sup> Et donc une violation de la directive 76/207 relative à l'égalité dans le milieu du travail.

<sup>11</sup> Un argument similaire fut utilisé par l'avocat d'un employé gay de la Royal Marine Britannique lorsqu'il invoque une discrimination fondée sur le sexe et demande l'application de l'article 5 de la directive 76/207/CEE (concernant les discriminations relatives aux conditions de licenciement).

L'avocat général de la CJCE, suivant les arguments de l'avocat de la demanderesse, a considéré que la notion de discrimination fondée sur le sexe pouvait également comprendre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, en comparant la situation de Lisa Grant à celle d'un homme hétérosexuel, l'avocat général conclut que c'est le sexe de Mme Grant qui est à l'origine de la discrimination et non pas le fait qu'elle soit lesbienne. Effectivement, si la requérante avait été un homme et non pas une femme, elle aurait pu bénéficier des avantages découlant de sa vie de couple avec une femme. Partant de là, il s'agit d'une discrimination fondée sur le sexe entrant dans le domaine de compétence de la CJCE. Bien que la CJCE suive généralement l'opinion de son avocat, dans l'affaire Grant la cour s'en est éloignée en reprenant l'analyse traditionnelle selon laquelle il n'y aurait pas de discrimination fondée sur le sexe mais sur l'orientation sexuelle, écartant ainsi sa juridiction. Cette interprétation de la CJCE a révélé la nécessité d'instruments spécifiques de protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit communautaire. C'est la voie empruntée par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997 lorsqu'il introduit un nouvel article 13 ainsi rédigé : "Sans préjudice des autres compétences qui sont conférées à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre toute action appropriée pour combattre la discrimination fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle". Ce principe a vu son application dans une directive communautaire<sup>12</sup> relative à la discrimination en matière d'emploi qui interdit de traiter un salarié différemment à un autre en raison de son origine raciale ou ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son âge, de son handicap ou de son orientation sexuelle ainsi qu'un programme d'action visant à renforcer la coopération avec les États membres et la société civile. Ce volet a été conçu pour encourager les échanges d'expériences et la constitution d'un réseau entre les institutions et les associations qui oeuvrent contre la discrimination dans l'ensemble l'Union européenne. Un groupe d'expert de juristes indépendants a été mis en place par la Direction général n° 5 (emploi et affaires sociales) afin d'informer la Commission du processus d'harmonisation de ladite directive. Nous reviendrons dans la dernière partie du texte sur la situation française. L'ensemble des pays de l'Union ont adopté la directive communautaire permettant ainsi un minimum de protection pour les travailleurs et les employés homosexuels.

### c) Déclarations de principe du Conseil de l'Europe

Si au niveau de l'Union Européenne ce n'est que très récemment que la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle est formellement instituée. Le Conseil de l'Europe est, depuis longtemps quant à lui à l'origine de plusieurs déclarations de principe et recommandations.

Le 9 octobre 1979 une commission dirigée par M. Voogd présente une proposition de recommandation<sup>13</sup> qui avait pour objectif "la protection morale et juridique des homosexuels", la "suppression des discriminations professionnelles et autres à leur égard et la jouissance de droits et facilités accordés à tous les citoyens". La proposition fut adoptée par l'Assemblée parlementaire et un rapport sur la discrimination à l'égard des homosexuels fut remis le 8 juillet 1981. Le rapport proposait un projet de recommandation pour les États membres et un projet de résolution fut adressé à l'O.M.S., l'invitant à supprimer l'homosexualité de sa classification des maladies mentales. La perspective libérale du document tendait à "l'égalité des êtres humains et la défense de droits de l'homme" en respectant dans l'individu ses préférences sexuelles. Après un historique de la question et une synthèse de la situation sociale, politique et juridique en

---

<sup>12</sup> Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. La directive complète le dispositif juridique français. Les principales mesures exigées par la directive ont été adoptées dans la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations mais aussi par la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 introduisant l'interdiction du harcèlement moral. Ces deux lois sont intégrées dans les codes (principalement le code du travail et dans une moindre mesure dans le code pénal).

<sup>13</sup> doc 4436.

Europe, le rapport tente de définir l'homosexualité. En critiquant vivement des notions comme "troubles mentaux", "troubles sexuels" ou "déviation", le Conseil de l'Europe proposait de renoncer à tout type de définition médicale ou psychiatrique et de parler tout simplement de préférence sexuelle<sup>14</sup>.

L'âge de consentement pour les actes sexuels n'est pas mentionné, "chaque société fixe cette limite en fonction du degré de maturité sociale et culturelle". Néanmoins, souligne l'auteur, "on comprend moins bien les raisons pour lesquelles l'âge autorisé pour l'activité sexuelle devrait différer selon qu'il s'agit de garçons et de filles hétérosexuels ou homosexuels". Le rapport finit par proposer (d'une façon informelle) une meilleure information du public. Par la suite, une recommandation 924 (1981) et une résolution relative à la discrimination à l'égard des homosexuels reprirent en partie les propositions avancées dans le rapport, mettant l'accent sur la dépénalisation et la démedicalisation de l'homosexualité.

Le 26 janvier 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis un avis selon lequel il serait souhaitable d'ajouter l'orientation sexuelle à la liste des formes de discriminations "particulièrement odieuses" visées par la Convention<sup>15</sup>. La même année une recommandation voit le jour et dénonce les discriminations donc sont encore victimes les homosexuels et invite les Etats, entre autres à adopter une législation prévoyant le partenariat enregistré<sup>16</sup>

Plus récemment, Peter Schieder, président de l'Assemblée parlementaire du Conseil invitait dans ces termes à soutenir la résolution de l'ONU sur l'orientation sexuelle : « j'invite les membres du conseil de l'Europe qui sont membres de la commission des droits de l'homme de l'ONU à voter en faveur de la résolution. J'invite également tous les gouvernements des Etats membres du conseil de l'Europe à appuyer sans réserve la résolution à tous les stades de son examen (...) Il ne peut y avoir de justice, de liberté ni de démocratie si la communauté internationale n'est capable de défendre et de respecter la dignité de chaque individu, quelles que soient son orientation sexuelle et son identité de genre »<sup>17</sup>

#### d) Résolutions du Parlement Européen

Au niveau de la petite Europe, c'est le Parlement européen qui a davantage traité la question. Ainsi, le 13 mars 1984 il vota une résolution concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de travail<sup>18</sup>. Le terme "sexe" est utilisé dans un sens large, car il s'agit explicitement de veiller à la non-discrimination des homosexuel/les. Deux ans plus tard, le 13 mars 1986, il adopta la proposition de résolution de Mme Vera Squarcialupi, invitant les Etats membres à abolir, dans leur législation nationale, toutes les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels et d'instaurer des législations antidiscriminatoires. Le 11 juin 1986, le Parlement demanda que

---

<sup>14</sup> Le rapport finit par un certain nombre de suggestions. Proposant :

- a) la modification de l'article 14 de la Convention des Droits de l'homme en ajoutant la notion de "penchant sexuel".
- b) la destruction des fichiers de police sur les homosexuels.
- c) l'égalité de traitement des homosexuels en matière d'emploi, de rémunération et de sécurité du travail.
- d) l'interruption de toute activité ou recherche médicale obligatoire destinée à modifier les penchants sexuels des adultes.
- e) la suppression de toute discrimination contre les parents homosexuels en ce qui concerne la garde, le droit de visite et l'hébergement de leurs enfants.
- f) la réparation pour les homosexuels qui ont souffert dans des camps de concentration.
- g) d'inviter les directeurs de prison et d'autres autorités publiques à faire preuve de vigilance pour éviter que les homosexuels ne fassent l'objet de viols et d'actes de violence dans les prisons.

<sup>15</sup> Avis n° 216 (2000) Projet de protocole n°12 à la Convention Européenne des droits de l'homme.

<sup>16</sup> Recommandation 1474 (2000) sur la Situation des lesbiennes et des gays dans les Etats membres du Conseil de l'Europe.

<sup>17</sup> [www.coe.int/press](http://www.coe.int/press)

<sup>18</sup> J.O. n° C 104 du 16-4-84, p. 46.

le principe d'égalité des statuts civils et des préférences sexuelles soit clairement énoncé par les lois nationales. La question réapparaît en 1989 lors de la discussion sur la *Charte sociale européenne*. Bien que le Parlement ait insisté pour que les discriminations fondées sur les "préférences sexuelles" soient incluses parmi les clauses antidiscriminatoires, la Commission et les États membres rejetèrent finalement cette proposition.

Le 8 février 1994, une résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne est approuvée par le Parlement<sup>19</sup>. Elle invite les États membres à établir les mêmes limites d'âge pour les comportements homosexuels et hétérosexuels, à protéger les gays et les lesbiennes contre toute forme de discriminations et à encourager et soutenir financièrement les associations homosexuelles. La résolution propose également de présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes cherchant à "mettre un terme notamment à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes, ainsi qu'à toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parents ou bien d'adopter ou d'élever des enfants". Qui plus est, il ressort de la résolution que "la liste de domaines dans lesquels lesbiennes et homosexuels sont discriminés est longue (...) Les discriminations se font jour dans presque tous les domaines - santé et formation, mais également travail, logement ou éducation. Le rapport de la Commission met particulièrement l'accent sur les problèmes ressentis par les jeunes homosexue(le)s, qui continuent à être stigmatisés et ne trouvent parfois de solution que dans le suicide".

Depuis, nombreuses sont les recommandations et les résolutions<sup>20</sup> demandant aux États européens et à la Commission de Bruxelles d'abroger sans délais toute disposition législative violant les droits de l'homme des gays et des lesbiennes, en particulier celles qui prévoient des différences d'âge pour les rapports homosexuels, ainsi qu'à tenir compte du respect de droits des homosexuels lors des négociations relatives à l'adhésion des pays candidats.

Concernant les droits des couples homosexuels, le Parlement prend en 2000 un ton plus modeste par rapport à la résolution de 1994. En effet, il ne s'agit plus des droits équivalents au mariage y compris en matière d'adoption mais de la « reconnaissance des relations non maritales entre personnes de même sexe ou de sexe différent et l'attribution de droits égaux à ces personnes »<sup>21</sup>.

Il faut également souligner que l'article 21 de la Charte Européenne des droits fondamentaux interdit les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Une telle disposition est également prévue dans la future constitution européenne mais certains États, sous l'influence du Vatican, continue d'exercer leur pression pour qu'un tel dispositif ne soit pas explicite.

Le 18 janvier 2006 le Parlement Européen vote une résolution sur l'homophobie en exhortant notamment les États membres et la Commission à condamner fermement les propos haineux et les incitations à la haine et à la violence à caractère homophobe et à veiller à ce que la liberté de manifestation, garantie par tous les traités relatifs aux droits de l'homme, soit effectivement respectée et invite instamment les États membres à adopter des dispositions législatives visant à mettre fin à la discrimination dont sont victimes les partenaires de même sexe en matière de succession, de propriété, de location, de pensions, d'impôts, de sécurité sociale, etc.

Avant de clore le chapitre européen, il faut rappeler que l'introduction de l'orientation sexuelle comme une catégorie formellement protégée par le Traité de Rome modifié par le

---

<sup>19</sup> A3-0028/94, JOCE du 28 février 1994.

<sup>20</sup> JOC 320 du 28/10/1996, p. 36; JOC 320 du 28/10/1996 p. 197; JOC 132 du 24/4/1997, p. 31; JOC du 16/3/1998 et Résolution B4-824 et 0852/98 du 17 décembre 1998 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union Européenne.

<sup>21</sup> Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union Européenne, 2000/2231



Traité d'Amsterdam<sup>22</sup>, est le résultat de presque vingt ans d'action politique européenne en ce domaine. En effet, dès 1979, date du premier rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relatif à la discrimination à l'égard des homosexuels, la "question gay" n'a cessé de constituer un thème récurrent dans les débats à propos des politiques européennes. Au fil des années, les principes inhérents aux droits fondamentaux de la personne (y compris la sexualité) sont apparus progressivement comme partie intégrante du droit communautaire. La Cour de justice des communautés européennes de façon négative (en refusant d'assimiler les discriminations fondées sur le sexe à celles fondées sur l'orientation sexuelle) et le Parlement européen de façon positive (en plaçant la question dans la dimension politique et en invitant à prendre des mesures antidiscriminatoires) ont joué, tous deux, un rôle majeur en la matière. Cependant, l'introduction de la nouvelle clause relative à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle a été avant tout le résultat des campagnes menées par les associations gays et lesbiennes<sup>23</sup> ainsi que des alliances plus étroites entre celles-ci et les associations traditionnelles de défense des droits de l'homme.

Le traitement de l'orientation sexuelle en tant que motif prohibé de différenciation semble clore une première étape judiciaire et politique caractérisée par l'action de la CEDH dans le processus de dépénalisation de l'homosexualité ainsi que par les déclarations de principe du Conseil de l'Europe. Néanmoins, l'ensemble de ces décisions ne constituaient pas une véritable politique publique, car comme le note Muller & Surel : "pour qu'une politique publique existe il est nécessaire de produire un cadre d'action général, une structure de sens". Ce cadre sera donné par l'Union Européenne en incluant pour la première fois l'orientation sexuelle dans un traité constitutif de l'Union. Désormais, la sexualité fera l'objet d'un traitement similaire à toute autre caractéristique de l'individu. Les processus de dépénalisation et de démedicalisation de l'homosexualité ont cédé la place à une politique de l'égalité qui commence à peine à s'élaborer. L'adoption des directives communautaires et la mise en place de programmes d'action communs à l'ensemble des pays de l'Union engagera les États membres à une véritable action politique antidiscriminatoire à l'égard des homosexuel/les. Mais au-delà du fait matériel, il est également nécessaire de mettre en place une action européenne de prévention et de répression de l'incitation à la haine homophobe. Une telle politique permettra de compléter et rendre plus efficace la stratégie contre l'exclusion des homosexuel/les.

La question demeure de savoir quelles seront les attributions futures de l'Union en matière de discriminations. Si, en ce qui concerne l'emploi, sa compétence est clairement établie, dans les autres matières (services, éducation, famille, santé, logement...) l'Union la partage avec les États membres. En fonction de l'évolution des législations nationales et par l'interaction entre l'ensemble des organisations européennes étatiques ou non-gouvernementales, un corpus juridique et une action politique restent donc à construire.

Enfin, si historiquement la grande Europe a influencé la petite Europe, cette dernière pourrait dorénavant devenir le moteur d'une véritable action politique non seulement pour ses vingt cinq membres mais également pour l'ensemble du continent européen.

### **La situation française**

La France fut le premier pays au monde à faire sortir de la loi pénale le crime de sodomie. Comme dans l'ensemble des pays occidentaux, avant la Révolution française

---

<sup>22</sup> Le traité d'Amsterdam est issu de la conférence intergouvernementale tenue de mars 1996 à juin 1997. Il est entré en vigueur suite à la ratification des 15 États membres de l'Union le 1<sup>er</sup> mai 1999. Une directive du 27 novembre 2000 relative à l'égalité en matière d'emploi et protégeant les lesbiennes et les gays contre les discriminations est transposé dans les États de l'Union.

<sup>23</sup> Particulièrement l'*International Lesbian and Gay Association*, ILGA (voir "Egales en droits : les homosexuel/les dans le dialogue civil et social", rapport de l'ILGA-Europe, 1998). D'autres associations comme Stonewall (Angleterre), l'IGLYO, Organisation internationale des jeunes lesbiennes et gays, la Gay and Lesbian Parent Coalition International, la Gay and Lesbian Equality Network ou encore Egalté, association des fonctionnaires gays et lesbiens des institutions européennes, sont, parmi d'autres, des acteurs de la politique antidiscriminatoire envers les homosexuels.

plusieurs normes condamnaient l'homosexualité avec la plus grande fermeté. Inspiré par la Philosophie des Lumières, le premier code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les 'mœurs contre nature'. Le libéralisme politique et la laïcisation de l'Ordre public prônaient l'abstention de l'Etat dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. Le libéralisme français tant célébré nécessite néanmoins d'être nuancé. En effet, le silence des codes pénaux est accompagné pendant cette période d'une jurisprudence particulièrement répressive à l'égard des homosexuels et d'un appareil médico-psychiatrique extrêmement violent.

Un siècle et demi plus tard, le 6 août 1942, quelques mois après la promulgation de la loi sur le statut des Juifs, la France réintroduit dans la loi criminelle une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, le maréchal Philippe Pétain modifiera le code pénal en insérant le délit d' 'actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur'<sup>24</sup>, alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans. A la libération en 1945, le Général De Gaulle, maintiendra cette incrimination en la replaçant dans le chapitre des 'attentats aux mœurs' (art. 331 al. 2 code pénal). De plus, en 1946 un article de loi, qui fera partie ultérieurement du statut général des fonctionnaires, stipulait : 'nul ne peut-être nommé à un emploi public s'il n'est de bonne moralité' justifiant ainsi des discriminations. Un article du code du travail établissait : 'le maître doit se conduire envers l'apprenti en bon père de famille, surveiller sa conduite et ses mœurs, soit dans la maison soit au dehors, et avertir ses parents [...] des penchants vicieux qu'il pourrait manifester', permettant donc de légitimer les licenciements pour mauvaise moralité. Le 1er février 1949, le Préfet de Police de Paris prend une ordonnance : 'dans tous les bals [...] il est interdit aux hommes de danser entre eux'.

Plus tard, dans le cadre de la lutte contre certains fléaux sociaux, une loi du 30 juin 1960 place l'homosexualité au même niveau que le proxénétisme ou l'alcoolisme notamment. Une ordonnance du 25 novembre de la même année complète le panorama en ajoutant à l'article 331 une circonstance aggravante d'outrage public à la pudeur lorsque l'acte est accompli par des individus de même sexe. En 1968, la France adopte la classification de l'Organisation Mondiale de la Santé (datant de 1965) concernant les maladies mentales dans laquelle figure l'homosexualité au même titre que le fétichisme, l'exhibitionnisme, la nécrophilie...

Une loi du 23 décembre 1980 modifiant les dispositifs pénaux relatifs au viol maintient l'incrimination fondée sur la différence d'âge selon que les rapports soient entre personnes du même sexe ou de sexe opposé. Le Conseil constitutionnel considéra que la loi était conforme à la constitution (décision 80-125 du 19 décembre 1980)<sup>25</sup>.

Suite aux mobilisations du mouvement homosexuel, le 11 juin 1981 le ministère de l'intérieur adresse une circulaire à la hiérarchie policière interdisant 'le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti-homosexuelles'. Le lendemain, le ministère de la santé n'accepte plus de prendre en compte l'homosexualité dans la liste des maladies mentales de l'Organisation Mondiale de la Santé. Le 22 juin 1982 voit le jour la loi Quilliot (relative au logement) qui supprime l'obligation pour les homosexuels de disposer de leurs appartements 'en bon pères de famille'. Le 4 août 1982 la majorité socialiste de l'époque vota la loi n° 82-683 mettant ainsi fin à la différence d'âge entre les rapports hétérosexuels (15 ans) et homosexuels (18 ans). Enfin, le 13 juillet 1983, une nouvelle loi abroge l'article 40 du Code de la Fonction publique qui stipulait qu'un fonctionnaire 'doit être de bonne moralité'. Depuis ces premières mesures, plusieurs dispositifs juridiques sont venus protéger les gays et les lesbiennes des discriminations à leur égard aussi bien au niveau civil que pénal.

---

<sup>24</sup> Art. 334 de l'ancien code pénal : 'Sera puni d'emprisonnement de 6 mois à 3 ans et d'une amende de 2000F à 6000F: 1° Quiconque aura soit pour satisfaire les passions d'autrui, excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au dessous de 21 ans, soit pour satisfaire ses propres passions, commis un ou plusieurs actes impudiques ou contre nature avec un mineur de son sexe âgé de moins de 21 ans.' (Loi n° 742, Journal Officiel 27 août 1942, p. 2923), 25 80-125, RJC I-88.

### **Au-delà de la dépénalisation : les mesures protectrices**

Aucune disposition française de nature constitutionnelle ne prévoit explicitement la prohibition des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Les termes généraux et le caractère non exhaustif de la liste des situations discriminatoires prohibées<sup>26</sup> établie par l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution ainsi que les rapports officiels qui considèrent que 'le constituant n'a pas entendu énumérer de manière exhaustive les discriminations....'<sup>27</sup>, n'ont jamais conduit les juges à appliquer ces dispositifs en faveur de l'orientation sexuelle (sans pour autant le rejeter explicitement).

Le principe d'égalité de nature constitutionnelle, évoqué dans le point précédent, est complété par un principe anti-discriminatoire consacré par l'article **225-1** du code pénal<sup>28</sup>. Il faut signaler que ce principe général ne permet pas de sanctionner tout acte discriminatoire mais uniquement les situations énumérées par l'article **225-2** du même code<sup>29</sup>.

Au niveau pénal sont sanctionnées, depuis 1985, les discriminations consistant à :

- \* refuser d'embaucher ;
- \* sanctionner ou licencier une personne ;
- \* subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à

l'article 225-1.<sup>30</sup>

Aussi, dès lors que celui qui discrimine est une autorité publique, sont sanctionnées les discriminations consistant à :

- \* refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou à
- \* entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.<sup>31</sup>

Il faut également signaler qu'il existe en France un dispositif pénal qui considère les crimes homophobes comme circonstance aggravante. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la

---

<sup>26</sup> En ce sens, Mélin-Soucranian (1997, 92) considère que si 'on admet que la liste des discriminations n'est pas close, alors on est forcé de reconnaître également que le juge constitutionnel, comme n'importe quel autre juge, peut en vertu de son pouvoir normal d'interprétation ajouter de nouveaux cas à l'énumération constitutionnelle'.

<sup>27</sup> 'Le principe d'égalité dans la jurisprudence des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français'. *Rapport de la délégation française*, Paris 10 avril 1997, RFDA, 1997, p. 228.

<sup>28</sup> Art. 225-1 du code pénal : 'Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales'.

<sup>29</sup> Art. 225-2 du code pénal: 'La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende lorsqu'elle consiste : 1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; 2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; 3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ; 4° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 5° A subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; 6° A refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale'.

<sup>30</sup> Art. 225-2 par. 3 et 5 du code pénal.

<sup>31</sup> Art. 432-7 du code pénal.

loi du 18 mars 2003 modifiant le code pénal, les peines encourues sont aggravées lorsque l'infraction est comise à raison de l'orientation sexuelle de la victime dans les cas de meurtre, violences, incapacité au travail, extorsion, dégradation des biens....

Enfin, concernant la criminalisation de propos injurieux ou diffamatoires ainsi que l'incitation à l'haine, une nouvelle loi (qui reforme celle de 1881 sur la liberté de la presse) a élargie le crime d'injure, de diffamation et d'incitation à la haine aux propos au contenu homophobe. Grace à cette nouvelle loi du 30 décembre 2004 un député conservateur, Christian Vanneste, a été condamné par le Tribunal correctionnel de Lille vient de condamner le député UMP Christian Vanneste pour injures homophobes, à verser 3000 euros d'amende, 2000 euros au titre des dommages et intérêts et 1000 euros en remboursement des frais d'avocats. M. Vanneste avait tenu des propos homophobes dans deux journaux « La voix du Nord » d'abord et « Nord Eclair » peu de temps après le vote de la loi du 30/12/2004 : « Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité. Si on la poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité » ; « Pour moi leur comportement est un comportement sectaire ».

Non seulement les actes mais aussi les paroles sont condamnés par le droit français. Toutefois, une politique pénal basée exclusivement sur la repression est vouée à l'échec. Il faut donc qu'à côté de la loi pénal une politique de prévention soit mise en place dès l'école afin de sensibiliser les citoyens contre cette forme de violence.

Au-delà de la protection pénale prévue pour les cas de discrimination, il existe de nombreuses dispositions spécifiques au droit du travail (règlement intérieur, rémunération, qualification, mutation, carrière...) <sup>32</sup>. C'est dans ce domaine où commence à se développer une jurisprudence protectrice du travailleur homosexuel.

Pour les emplois publics, la norme applicable est l'article 6 de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations <sup>33</sup>). Enfin, le dispositif est complété par l'article 432-7 du code pénal <sup>34</sup>.

Les dispositifs protecteurs de lutte contre les discriminations s'appliquent non seulement aux salariés et à l'emploi temporaire mais aussi aux postes de stagiaires ordinaires.

Une seule décision a été rendue au plus haut niveau de la juridiction nationale <sup>35</sup>. En effet, dans un arrêt du 17 avril 1991 – '*P... c. Association Fraternité Saint-Pie X*' - la chambre

---

<sup>32</sup> Art. L. 122-35 du Code du travail : 'Le règlement intérieur (...) ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leurs moeurs, de leur orientation sexuelle...'. De même, l'article L. 122-45 du Code du travail dispose : 'Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses moeurs, de son orientation sexuelle (...). Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés'.

<sup>33</sup> Art. 6 de loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001): 'Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race'.

<sup>34</sup> Art. 432-7 code pénal : 'La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :  
1° A refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi ;  
2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque. 225-2 par. 3 et 5'.

Sociale de la Cour de Cassation a décidé que le licenciement d'un sacristain d'une congrégation religieuse en raison de son homosexualité pourrait constituer une rupture abusive du contrat de travail, et partant une discrimination, si l'employeur n'apporte pas la preuve du fait que 'compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise (...) le comportement du salarié' cause au sein de celle-ci 'un trouble caractérisé'. D'après la Cour de Cassation, il n'est pas légitime d'invoquer l'homosexualité du salarié comme étant contraire à la tradition catholique (comme l'avait souligné la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt cassé). Toutefois, si les 'mœurs' du salarié produisent un trouble dans l'entreprise, un tel licenciement ne serait pas abusif. La Cour d'appel chargée de réexaminer l'arrêt cassé par la cassation a bien intégré l'objection en décidant dans le cas en question que 'le licenciement de ce salarié fondé sur son homosexualité et sa séropositivité procède d'un motif tiré uniquement de sa vie privée et ne saurait constituer une cause réelle et sérieuse de rupture du contrat de travail dès lors que les agissements du salarié en dehors de l'entreprise, qui relèvent de l'exercice de ses libertés, ne sauraient justifier un licenciement indépendamment du trouble caractérisé qu'un tel comportement est susceptible de provoquer au sein de la collectivité qu'elle forme, l'adhésion sans réserve du salarié à la foi catholique ne faisant d'autre part l'objet d'aucune discussion'<sup>36</sup>

Dans d'autres circonstances, autrefois la jurisprudence avait considéré justifié le licenciement d'un homosexuel. Ainsi, dans une décision du 28 janvier 1993 la Cour d'appel de Montpellier s'est prononcée en ce sens dans une affaire où l'employeur reprochait au salarié 'd'avoir travaillé pour le compte d'une entreprise concurrente et de s'être livré à des actes provocants contraires aux bonnes mœurs, à savoir des actes d'homosexualité sur la personne d'un handicapé également employé de la société'. Depuis l'entrée en vigueur de la directive et des lois qui la mettent en oeuvre la situation a beaucoup changé. Ainsi, dans une décision du 20 janvier 2003, le Conseil de prud'hommes de Martigues a condamné une entreprise à payer une somme de 130.000 Euro à titre de dommages intérêts du fait de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et du harcèlement moral envers un employé homosexuel<sup>37</sup>.

Par ailleurs, la plupart des décisions des tribunaux et des cours d'appel se réfèrent à des avantages professionnels liés à la vie de couple. Avant le vote de la loi sur le Pacs, les juges des instances supérieures étaient majoritairement défavorables à l'élargissement de tels avantages aux partenaires de même sexe<sup>38</sup>. Depuis 1999, la situation des couples de même sexe n'a pas cessé de s'améliorer notamment en matière de droit social, fiscal et successoral, toutefois la discrimination demeure du fait de ne pas donner aux couples homosexuels la possibilité de se marier.

### **L'influence de la directive**

Bien que depuis 1985 il existait en France une protection contre les discriminations envers les homosexuels (mœurs), l'apport de la directive européenne de 2000 semble capital sur plusieurs plans. Tout d'abord l'addition de la notion d'orientation sexuelle à côté de celle plus ambiguë de 'mœurs', toutefois cette dernière complète les dispositifs en ce sens qu'elle permettra aux juges de sanctionner d'autres discriminations telles que celles fondées sur les pratiques sexuelles : sadomasochisme, échangisme, libertinage...

Cependant sur le plan pénal la directive a eu peu d'incidence, outre la question terminologique elle a permis simplement d'introduire une sanction aux discriminations effectuées pendant les stages et/ou les formations professionnelles.

---

<sup>35</sup> Il existe plusieurs décisions de la jurisprudence en matière d'homosexualité mais elles concernent d'avantage la famille (divorce pour faute, garde des enfants, régime de visites, aliments...), le respect de la vie privée, et le droit à l'image et non pas le travail ou l'emploi.

<sup>36</sup> Cour d'appel de Paris, 4 novembre 1992, Dalloz, *Informations rapides du recueil Dalloz*, p. 125.

<sup>37</sup> Conseil de Prud'hommes de Martigues, audience du 20 janvier 2003, 'Philippe Boutin c. TNT Jet Sud Est', inédit.

<sup>38</sup> Refus de la qualité de concubins aux couples de même sexe : Cour de Cassation, ch. Sociale, 11 juillet 1989 et Cour de Cassation, ch. civile 17 décembre 1997.

C'est surtout au niveau du droit du travail que la directive a le plus influencé le droit français. En effet, grâce à la directive, la loi nationale introduit la notion de discrimination indirecte (qui vise une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre qui est susceptible de porter préjudice à une ou plusieurs personnes) et aménage la charge de la preuve. Aussi, le harcèlement moral est désormais sanctionné en France ainsi que la possibilité pour les associations de se substituer aux victimes dans l'exercice de l'action en justice.

### **La discrimination des couples de même sexe**

La discrimination entre les couples de même sexe et ceux de sexe différent découle principalement de l'impossibilité d'accéder pour les premiers aux droits professionnels liés au mariage, ceux-ci étant réservés aux couples hétérosexuels. En ce sens et par rapports aux droits découlant du mariage nous pouvons parler d'une discrimination indirecte à l'égard des lesbiennes et des gays.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, (et sauf pour l'accès aux techniques de procréation assistée), il n'existe aucune discrimination entre concubins de même sexe et concubins de sexe opposé<sup>39</sup>. Les couples non mariés vivant en concubinage (homos ou hétéros) se trouvent dans une situation juridique moins favorable que les couples mariés. Il faut néanmoins souligner que les concubins ont beaucoup moins d'obligations réciproques et le principe de liberté de la rupture justifie cette situation d'infériorité (moins d'obligations = moins de droits). S'agissant des couples hétérosexuels, le traitement différentiel n'est donc pas discriminatoire. En revanche, la discrimination existe pour les unions homosexuelles du fait qu'elles ne peuvent pas accéder au mariage. Bien que le Pacte civil de solidarité donne des droits aux couples, ils ne sont pas traités de la même manière que les conjoints mariés. Cette situation pourrait constituer une discrimination mais aucun juge ne s'est pas encore prononcé en ce sens. Indépendamment de la question de l'accès au mariage pour les couples de même sexe, une discrimination indirecte existe entre les couples dès lors qu'il s'agit de bénéficier d'une réduction du délai de deux ans de vie commune pour prétendre à une rente viagère suite au décès du salarié dans les cas où le couple aurait eu un ou plusieurs enfants. En effet, puisqu'il n'existe aucun droit de filiation pour les couples homosexuels, ils ne pourront en aucun cas bénéficier d'une telle réduction. Par ailleurs, les partenaires pacsés n'ont pas les mêmes droits successoraux, ne bénéficient pas notamment de la pension de veuvage, ne peuvent pas solliciter la nationalité française dans le cas d'unions binationales et ne peuvent pas porter le nom du partenaire. L'ensemble de ces situations constitue de mon point de vue une discrimination indirecte fondée sur l'orientation sexuelle, contraire donc à l'article 16 de la directive européenne.

### **Conclusion pour la France**

Malgré l'existence d'outils juridiques susceptibles de protéger les victimes des discriminations, la réalité jurisprudentielle n'est pas en accord avec le vécu professionnel des nombreuses personnes lesbiennes, gays, bissexuelles et/ou hétérosexuelles.

Bien que les indicateurs sociaux démontrent l'existence d'une réalité discriminante au niveau de l'emploi, peu sont encore les affaires qui arrivent aux instances supérieures<sup>40</sup>. Les rapports des associations de lutte contre le sida, les informations provenant du Centre Gay et lesbien de Paris et le témoignage d'associations de province mettent de manifeste l'existence très répandue des discriminations au travail et à l'emploi. L'association *SOS Homophobie* a recensé 108 appels concernant des problèmes de discriminations, de menaces et d'insultes

---

<sup>39</sup> Art. 515-8 du code civil : 'Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple'.

<sup>40</sup> Une seule affaire est arrivée à la Cassation depuis qu'il existe en France un dispositif contre les discriminations à l'emploi.

dans le lieu de travail aussi bien dans le secteur public que privé<sup>41</sup>. Une enquête récente sur l'homophobie au travail auprès de 322 personnes<sup>42</sup> montre que presque 57% des enquêté(e)s ont ressenti de l'homophobie dans leurs lieux de travail, non seulement vis-à-vis d'un supérieur hiérarchique (25%) mais surtout par rapport aux collègues (45,3%). Malgré les stratégies d'occultation de l'homosexualité mises en marche par les lesbiennes et les gays, ils/elles sont nombreux à parler de 'rumeurs, de non-dit, de propos dans le dos... '.

Pour 44,5% des personnes, cette homophobie a entraîné de l'angoisse, du stress, une perte de confiance, une démotivation allant même parfois à la dépression et au sentiment de culpabilité.

Malheureusement, il n'existe pas en France d'études sociologiques sur la manière dont les associations s'en servent du droit pour protéger les usagers et pour faire avancer leur cause. Vu le faible nombre de plaintes et l'inexistence de procès dans la matière, il semblerait que l'arsenal juridique n'est pas encore suffisamment mobilisé<sup>43</sup>.

A la différence de la lutte contre le racisme, la xénophobie et l'exclusion des femmes, la lutte contre l'homophobie et la discrimination des **LGTB** (lesbiennes, gays, transsexuels, bisexuels) n'a pas fait l'objet des campagnes officielles. Bien au contraire, les autorités publiques françaises, mais aussi une majorité d'intellectuels, ont tenu publiquement des propos ouvertement hétérosexistes<sup>44</sup>. De même, les organismes chargés d'affirmer l'égalité s'occupent exclusivement de la question raciale. Seule le handicap et la condition féminine comptent avec un ministère ou un secrétariat d'Etat consacré aux discriminations dont sont victimes les femmes ou les handicapés. Cependant, malgré l'existence de tous ces outils la situation demeure précaire pour les minorités ethniques, les femmes ou les handicapés<sup>45</sup>.

Aucune campagne d'information sensibilisant sur les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle (affichage, démarchage...) n'a jamais été envisagée en France.

La publicité, la télévision, les livres pour enfants ou les manuels scolaires, dans le meilleur des cas ignorent l'homosexualité, dans le pire continuent à la traiter comme une perversion. Si l'on considère qu'il existe 10% de la population française ayant une orientation sexuelle homosexuelle, ce pourcentage est loin d'être représenté dans les champs sociaux. Il ne s'agit pas de mettre en place une politique d'*affirmative action* (ceci impliquerait d'obliger les individus de se déclarer homosexuels) mais d'instaurer une ouverture contraignant tous les décideurs de tenir compte de la réalité homosexuelle et de la présenter au moins une fois sur dix dès lors qu'il s'agit de mettre en scène la sexualité (art, pub, cinéma, spots de la ville, office de tourisme, séminaires...).

La création récente d'une autorité administrative indépendante de lutte contre les discriminations (HALDE) au sein de laquelle les questions relatives à l'orientation sexuelle sont formellement traitées permettra de mettre en place une véritable politique publique globale d'affirmation de l'égalité et de prévention de l'homophobie.

Le Parti Socialiste français, autrefois très timide par rapport à la question, a promis s'il gagne les élections en 2007 de donner le droit au mariage aux couples de même sexe ainsi que

---

<sup>41</sup> Rapport 2001 SOS Homophobie : [www.france.qrd.org/assocs/sos/](http://www.france.qrd.org/assocs/sos/)

<sup>42</sup> Christophe Falcoz, Crepa-Université de Paris Dauphine, 2003.

<sup>43</sup> Plusieurs associations **GLTB** liées à l'emploi (Air France, Canal +, Mairie de Paris, SNCF, RATP...) ont créé un inter-associatif, 'Homoboulot' ayant pour but entre autres la lutte contre les discriminations à l'emploi. Une telle structure permettra sans doute une meilleure appropriation de l'outil juridique dans l'action égalitaire.

<sup>44</sup> Voir, Borrillo et Fassin (dir) Au delà du Pacs, PUF, Paris 2001.

D. Borrillo et P. Lascoumes, Amurs Egales ? La découverte Paris 2002 (voir surtout le chapitre 'Best of Homophobe')

<sup>45</sup> En 2000 il y a eu seulement 15 condamnations pénales pour le délit de discrimination raciale. Le chômage est plus élevé chez les femmes et leurs salaires sont inférieurs à ceux des hommes. Si la loi française impose depuis 1987 aux entreprises d'employer 6% de travailleurs handicapés, le taux d'emploi stagne autour de 4%.

le droit d'adoption conjointe. De même, une politique de lutte contre l'homophobie à tous les niveaux (Ecole, justice, police, hôpitaux...) devrait voir le jour.

Daniel Borrillo

Professeur de droit privé à l'université de Paris X-Nanterre,  
Chercheur associé au Cersa, Université de Paris II-CNRS